

# **TREBALL FINAL DE GRAU**

## **MEMÒRIA**

**GRAU EN DRET**

**CURS 2017-18**

### **Gestació subrogada. És possible i necessària la seva regulació a Espanya?**

Autor/a: Eva Jiménez Vivas

Tutor/a: Adoración Padial Albás

Data: 12 de juny 2018

## **Declaració d'autoria i originalitat**

Declaro que sóc l'autor/autora d'aquest treball. El seu contingut és original i totes les fonts utilitzades han estat degudament citades sense incórrer en frau o plagi.

En cas contrari, conec i accepto les mesures disciplinàries o sancionadores que corresponguin d'acord amb la normativa aplicable

Lleida, a 12 de juny de 2018

Signatura:



FDELE

## **Resum**

L'article 10 de la llei de Tècniques de Reproducció Humana Assistida, deixa molt clar que serà només amb el part com es determinarà la filiació. Al llarg de la història s'han anat creant diferents figures jurídiques, com per exemple l'adopció o més moderna, el cas actual de la gestació subrogada.

La gestació subrogada neix per la necessitat i voluntat d'una parella (ja sigui heterosexual o homosexual o per un home sol) de ser pares/mares contribuint al vincle genètic i per evitar les llargues i costoses esperes dels processos d'adopció.

És per aquest motiu que amb l'aparició de la gestació subrogada s'ha anat produint un descens de l'adopció, i cada cop s'ha anat convertint en una tècnica més habitual en la nostra societat.

És necessari un estudi sobre la gestació subrogada per comprovar si és necessària la seva regulació i si realment prima l'interès superior del menor front a la voluntat dels comitents de ser pares/mares.

## **Paraules clau**

Comitents, gàmetes, gestació subrogada, interès superior del menor, tècniques de reproducció humana assistida.

## **Abreviatures**

Art: Article

AP: Audiència Provincial

CC: Codi Civil

CDN: Convenció sobre els drets del nen

CE: Constitució Espanyola

CEDH: Conveni Europeu de Drets Humans

DGRN: Direcció General dels Registres i del notariat

JPI: Jutjat de Primera instància

LRC: Llei del Registre Civil

LTRHA: Llei de tècniques de reproducció humana i assistida

RC: Registre Civil.

STSJ: Sentència del Tribunal Superior de Justícia

TEDH: Tribunal Europeu de Drets Humans

## Índex

<b>1.- Introducció</b>	6
<b>2.- Concepte i modalitats de la gestació subrogada</b>	6
2.1.- Concepte	6
2.2.- Modalitats	7
<b>3.- Acord de gestació subrogada</b>	9
3.1.- Naturalesa de l'acord	9
3.2.- Filiació a la legislació espanyola	10
<b>4.- Interès superior del menor</b>	11
<b>5.- Els obstacles a la inscripció del nen/a a nom d'ambdós progenitors</b>	14
<b>6.- Evolució de la jurisprudència</b>	18
6.1.- Posició majoritària del TS	21
6.2.- Què és prioritari l'ordre públic espanyol o l'interès superior del menor?	23
6.3.- Dret a la identitat única	26
<b>7.- La regulació de la gestació subrogada en el dret comparat</b>	28
7.1.- Països on està permès	29
7.1.1.- Un exemple: Estats Units	30
7.1.2.- Índia: un exemple de mercantilització	31
<b>8.- La possibilitat o necessitat de regulació a Espanya:</b>	32
8.1.- Associació per la gestació subrogada a Espanya	32
8.2.- Proposició de llei reguladora del dret de gestació per subrogació al Congrés dels diputats.	35
8.3.- Possible regulació	40
8.3.1.- Requisits de la gestant	41
8.3.2.- Requisits dels comitents	42
8.3.3.- Requisits de l'acord	42
8.3.4.- Filiació i inscripció	44
<b>9.- Entrevista a parella homosexual que ha accedit a la gestació subrogada</b>	45
<b>10.- Conclusions</b>	47
<b>11.- Bibliografia</b>	49

## **1.- Introducció**

Tradicionalment, quan una parella volien ser pares, ho podien ser a través d'una relació íntima i personal o bé recorrent a l'adopció en el cas de no poder concebre'l.

Actualment, gràcies a l'evolució científica i tecnològica, les tècniques de reproducció humana assistida estan experimentant grans avenços permetent altres possibilitats que les tècniques tradicionals, i és per aquest motiu que es va aprovar la Llei de Tècniques de Reproducció Humana Assistida, en endavant LTRHA. Aquesta evolució de la ciència, ha provocat que neixi una nova figura, la gestació subrogada, que es coneix amb altres terminologies com per exemple maternitat subrogada o la més comú, ventre de lloguer, i és del que versa aquest treball.

La gestació subrogada està agafant un paper molt importat a la nostra societat, no només a nivell estatal, sinó també a nivell internacional, provocant situacions controvertides sobre la seva legalitat, i sobretot sobre la protecció del menor. Com ja es sabut, la gestació subrogada a Espanya està prohibida i pel que fa a nivell internacional, hi ha països on està permesa, d'altres que està permesa en unes condicions concretes i països on està totalment prohibit com a Espanya, tal i com s'anirà explicant al llarg del treball.

Aquest treball pretén fer un anàlisi del que és la gestació subrogada i quin impacte té actualment en la nostra societat, i sobretot si és necessària la seva regulació a Espanya.

## **2.- Concepte i modalitats de la gestació subrogada**

### **2.1.- Concepte**

La gestació subrogada és un procediment sotmès a un acord, onerós o gratuït, on intervé una parella ja sigui heterosexual, homosexual o un home sol, i una gestant, mitjançant el qual la gestant es sotmet a una inseminació artificial dels gàmetes propis, els de la comitent o els d'una donant, juntament amb els gàmetes masculins del comitent o d'un donant, per tal de que un cop nascut el nadó, l'entregui i renunciï a la custòdia d'aquest.

Al llarg del temps, varis autors han anat definint que entenen per gestació subrogada, un dels pioners en definir-la va ser **Coleman**<sup>1</sup>, que la defineix de la següent manera: <<la gestació subrogada és una aplicació de la tècnica de inseminació artificial que resulta en el naixement d'una criatura amb un nexa biològic unilateral a la parella infèrtil. La gestant és una dona fèrtil que mitjançant un contracte, se l'insemina artificialment amb el semen d'un home casat amb una altre dona, gestar el nen i donar a llum o procrear-la. Un cop nascut el nen, la gestant renuncia a la seva custòdia a favor del pare biològic i, a més, acaba amb tots els seus drets de filiació sobre el nen per a que la muller de l'home que va donar el semen l'adopti>>.

D'aquesta definició es pot extreure que no contempla la possibilitat de que un acord de gestació subrogada sigui dut a terme per parelles homosexuals o un home sol, donat que estableix explícitament <<home casat amb una altre dona>>.

Hi ha altres autors<sup>2</sup> que han anat definint la gestació subrogada de manera més moderna i sota la meua perspectiva queden més completes ja que, tot i no parlar explícitament de parelles homosexuals o homes sols, no ho defineixen com un acord per a una parella heterosexual, sinó que parlen de parelles, i per tant, ho tracta en pla d'igualtat.

## 2.2.- Modalitats

Quan parlem de gestació subrogada hem de tenir en compte que existeixen dues modalitats en funció de qui aporta el material genètic. Aquestes són:

---

<sup>1</sup> COLEMAN, P. *Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions*. Tennessee Law Review, 50, 1982. Pàg. 71-118.

<sup>2</sup> Tal i com estableix PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia, 2001. Pàg. 329. << és aquell contracte oneros o gratuït, pel qual una dona aporta únicament la gestació o també l'òvul, comproment-se a entregar al nascut als comitents, que podran aportar o no els seus gàmetes, en aquest últim cas, els gàmetes procediran d'un donant>>

Seguidament de VELA SÁNCHEZ, A. J. *La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*. Diario de ley, núm. 7608, Secció Doctrina. 2011. Pàg. 1-15. <<és un fenomen social pel qual una dona, mitjançant contraprestació o sense ella, es compromet a gestar un bebè per a que una altre o altres persones puguin ser pares, biològics o no>>

**Informe Warnock sobre fertilització humana i embriologia** del Regne Unit. 1984.<<pràctica mitjançant la qual una dona gesta o dur al seu ventre un nen per a una altre dona amb la intenció d'entregar-li després de que neixi >>

- **Gestació subrogada tradicional:** aquesta modalitat es caracteritza per la manca de vincle genètic amb el nadó, donat que la gestant és la que no només aporta la gestació sinó aporta els seus gàmetes i el comitent home pot o no aportar els seus gàmetes, en cas negatiu els gàmetes masculins provindran d'un donant.

És important destacar que en aquesta modalitat existeixen dues situacions:

- En primer lloc, quan la gestant aporta material genètic i l'home aporta els gàmetes masculins, en aquesta situació el que es dona és una renúncia per part de la gestant dels drets de filiació que li pertocquen legalment així com també, una renúncia a la custòdia del nadó a favor del pare biològic, per a que a continuació la parella del pare biològic pugui dur a terme l'adopció.
  - En segon lloc, quan la gestant aporta material genètic, però els gàmetes masculins provenen d'un donant. En aquesta situació, directament els dos comitents són els que han de dur a terme una adopció, donat que no existeix cap vincle biològic amb els comitents.
- **Gestació subrogada gestacional:** aquesta modalitat, a diferència de la tradicional es caracteritza pel vincle genètic amb el nadó. En aquest cas, la gestant no aporta material genètic sinó que només la gestació, donant lloc a que ambdós comitents aportin material genètic. Però a més, existeixen varies possibilitats quan ambdós comitents no aporten el material genètic, per tant, es pot recórrer a:
    - Una donant d'òvuls i material genètic del comitent. Aquesta és la més comuna per les parelles homosexuals d'homes.
    - Donant de material genètic masculí amb el que es fecunda l'òvul de la comitent.
    - Donació de material genètic masculí i femení a la gestant.



### 3.- Acord de gestació subrogada<sup>3</sup>

#### 3.1.- Naturalesa de l'acord

La llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida, en endavant LTRHA, estableix al seu article 10 el següent: “<<

1. *Serà nul de ple dret el contracte pel que es convé la gestació, amb o sense preu, a càrrec d'una dona que renúncia a la filiació materna a favor del contractant o d'un tercer.*
2. *La filiació dels fills nascuts per gestació de substitució serà determinada pel part.*
3. *A excepció de la possible acció de reclamació de la paternitat respecte del pare biològic, conforme a les regles generals. >>”*

Tal i com indica l'apartat 1, no està permesa la gestació subrogada, donant lloc a la nul·litat de ple dret del contracte, amb independència que aquest sigui oneros o gratuït.

Per tant, la filiació, d'acord amb l'apartat 2 es determina pel part. Aquesta qüestió ens porta a diferents plantejaments, com per exemple què passa si hi ha un contracte de gestació subrogada (que serà nul) però hi ha aportació de material genètic d'ambos comitents, sent la gestant la que gesta i prou, és a dir, no aporta cap tipus de material genètic. En aquest cas, la nul·litat s'estén fins a aquests supòsits, donat que la llei ja estableix que la filiació es determinarà pel part, per tant, la comitent que ha aportat el seu material genètic femení no pot determinar la filiació.

Tot i això, l'apartat 3 del mateix article obre la porta a una excepció on la prohibició de la filiació en un contracte de gestació subrogada queda limitada, donant lloc a la possibilitat de reclamar la filiació per part del pare biològic, per tant, ha d'haver aportat material genètic. Així doncs, tot i ser nul el contracte, el comitent que ha aportat material genètic masculí pot acudir als tribunals per tal de reclamar la paternitat.

Per tant, queda clara la nul·litat de l'acord de gestació subrogada a Espanya, front a aquesta nul·litat, les parelles que volen ser pares/mares no els hi queda una altra opció

---

<sup>3</sup> Remarcant la importància de que és un acord i no un contracte. És més adequat parlar d'acord, ja que si parlem de contracte estem mercantilitzant a la dona, i en aquest cas, és un acord que decideix lliurement la dona (sempre amb alguna excepció d'alguns països), de sotmetre's a la gestació subrogada.

que anar a l'estranger per tal de dur a terme aquesta tècnica de reproducció assistida, el que provoca en moltes ocasions que, un cop la gestant ha renunciat als drets de filiació i el pare ha reclamat la paternitat, l'altre comitent ha de dur a terme una adopció un cop arriba a Espanya. Per tal de poder fer efectiva aquesta reclamació de paternitat i adopció, aquest/a nen/a que ha nascut a través d'un procediment de gestació subrogada quan arriba a Espanya s'ha de registrar per a que constin legalment els comitents com a pares.

### **3.2.- Filiació a la legislació espanyola**

Tal i com hem vist anteriorment, l'article 10 LTRHA estableix que l'acord de gestació subrogada és nul i com a conseqüència la filiació es determina pel part, donant legalitat a la possible reclamació de paternitat.

El debat apareix en el cas que es dugui a terme un acord de gestació subrogada a un país on està permesa, i donat que a l'estat espanyol aquest acord és nul de ple dret, en comptes de que la gestant renunciï als seus drets i els comitents intentin inscriure al nadó al Registre Civil, és prefereixi triar l'opció de que la gestant doni en adopció al nadó als comitents.

És a dir, ens trobem en la situació que hi ha una adopció conjunta<sup>4</sup> per part dels comitents o si més no, per part d'un comitent. Una part de la doctrina hi està d'acord donat que considera que no és un frau de llei perquè l'adopció està permesa, no obstant, en cas de conflicte d'interessos entre la mare gestant i la genètica, sempre serà a favor de la gestant, d'acord amb l'article 10.2 LTRHA, que estableix que es determina pel part, però, un cop feta la declaració de maternitat a favor de la gestant, produït el naixement del fill i feta la inscripció feta a favor de la mateixa, no hi ha cap prohibició per a que es dugui a terme l'adopció. L'altre part de la doctrina considera que permetent l'adopció en casos on hi ha un acord de gestació subrogada s'està autoritzant realitzar de manera indirecta una acció que directament no es pot realitzar, i que per tant, s'està aconseguint la gestació subrogada en contra de la voluntat del legislador espanyol.

---

<sup>4</sup> Aquesta adopció conjunta es dona en els supòsits en que la gestant esta casada i el titular dels gàmetes masculí és el seu cònjuge o bé un donant, o quan, no esta casada i l'aportant dels gàmetes no és el comitents (o cap d'ells), sinó que un donant anònim, de manera que l'aplicació de l'article 10.3 que dona opció a la reclamació de paternitat no es viable.

En el cas que es produeixi una adopció per part del cònjuge o parella del comitent, altres autors consideren que mitjançant l'adopció i d'acord amb la legislació corresponent, tot i estar utilitzant la tècnica de la gestació subrogada s'ha de determinar la filiació a favor dels comitents, tot i això, és imprescindible que un home presti el seu consentiment per a la fecundació d'una dona diferent de la seva parella amb els seus gàmetes i que, la gestant sigui la que presti l'adopció un cop han transcorregut 30 dies des del part.

És a dir, ens tornem a trobar en la situació de l'article 10.3 LTRHA en que l'home és el pare biològic del nen i que per tant, pot exercir l'acció de reclamació de paternitat i, posteriorment, prèvia renúncia de la gestant, realitzada transcorreguts 30 dies des del part, el fill pot ser adoptat per la seva parella. Per tant, quan es tracta d'una adopció per part del cònjuge o parella del comitent, l'ordenament jurídic espanyol facilita l'adopció, sempre que el home ja sigui parella heterosexual o homosexual sigui el pare genètic de l'adoptat.

#### **4.- Interès superior del menor**

L'interès superior del menor és un concepte jurídic indeterminat, donat que no és un concepte rígid, sinó que depenent de la interpretació que se li doni es considerarà una cosa o una altre. Per tant, és important, tenir en compte que es valorarà cas per cas que es considera interès superior del menor.

És important destacar que és un concepte que s'ha convertit en un principi rector del dret de família i una qüestió fonamental que ha inspirat a tot el nostre ordenament jurídic. Per tant, l'interès superior del menor s'ha de tenir en compte com a criteri màxim en totes aquelles decisions que afectin als menors.

Aquesta protecció del menor a través de la figura de l'interès superior del menor serveix com a argument per determinar un criteri a favor o en contra de la maternitat subrogada. La legislació espanyola ha elevat l'interès superior del menor a principi general del dret, ara bé, hi ha part de la doctrina que està d'acord amb la gestació subrogada tenint en compte que el nen queda protegit per tenir una família, però una altre part de la doctrina

considera que és utilitzar el cos de la dona com un objecte i que per tant, se'l priva de dignitat.

La protecció del menor es troba regulada en nombrosos textos internacionals<sup>5</sup> i el més destacable és a la Convenció dels Drets del nen de 1989, concretament els articles 3.1 i 9.2, sent encara més destacable l'article 3.1 on estableix: *“en totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial a que s'atendrà serà l'interès superior del nen”*.

Per tant, s'entén que els nens i les nenes són persones titulars de drets fonamentals. Per aquest motiu, en l'àmbit europeu també es regula a la Carta Europea dels drets del nen, que consagra el principi de l'interès del menor, regulat a l'article 24.2 on estableix: *“en tots els actes duts a terme per les autoritats públiques o institucions privades, l'interès superior del menor constituirà una consideració primordial”*

La Direcció General de Registres i Notariat i els tribunals per inscriure i reconèixer la filiació d'un nadó nascut per gestació subrogada, tenen en compte l'interès superior del menor, donat que ha de ser un principi essencial que s'hauria d'admetre com a decisiu per dur a terme una inscripció de la filiació en els casos de gestació subrogada, ja que no es tracta de protegir els interessos dels pares o mares comitents o gestant sinó que es tracta dels drets fonamentals del menor en qüestió, és a dir, la identitat i dret a la vida privada i familiar, donat que el fet contrari generaria que quedés desemparat i no tindria una identitat única com es necessari tal i com indica el TEDH.

Les resolucions de la DGRN de 18 de febrer de 2009 i la de 5 d'octubre 2010 estan d'acord en que els pares espanyols sol·licitants siguin declarats judicialment com a pares al país on s'ha dut a terme la gestació subrogada així com també que s'hagi produït el trencament absolut del vincle del menor amb la dona gestant, ja que permet garantir els drets del menor permetent que tingui una única i vàlida filiació a tots els països

---

<sup>5</sup> Declaració dels Drets del nen de les Nacions Unides de 1959, principis 2 i 7.2

Pel que fa la posició dels tribunals, la més clara en quan a l'interès superior del menor és la del Magistrat Rafael Sarazá Jimena de la sentència 6 de febrer de 2014 del TS on considera que l'interès superior del menor es veu afectat en els supòsits de gestació subrogada i que el que es pretén és protegir els drets fonamentals del nen/a i que per tant, s'ha de dur a terme de manera prioritària i preferent front a altres drets, donada la falta de capacitat del menor per actuar defenent els seus propis interessos.

La doctrina està d'acord en que s'ha de connectar amb els drets fonamentals dels qual el menor és titular des del moment del seu naixement. Per tant, estan d'acord en que és un principi que s'ha de valorar en el moment de dur a terme la inscripció a Espanya, perquè el més important no és la voluntat dels pares de dur a terme la inscripció de la filiació, sinó la vida privada i familiar que necessita o requereix aquell menor.

És remarcable que tot i que el legislador espanyol estigui prohibint l'acord de gestació subrogada, és una pràctica cada cop més habitual als països on esta permès donant lloc a que un cop nascut el menor i arribats a Espanya es vagi a inscriure al Registre civil, en aquest moment, ja no ha de prevaldre si és nul l'acord sinó que hi ha un menor que no pot quedar desemparat i que per tant, es primordial, per tant, és quan agafa més importància el concepte de l'interès superior del menor havent de donar una solució i per tant, procedir a la inscripció del menor a favor dels comitents, fet que no considera suficientment sòlid el TS per justificar la inscripció<sup>6</sup>, i en contraposició si que considera el TEDH que si no es fa efectiva la inscripció i el reconeixement de la filiació dels nen/es nascut mitjançant un acord de gestació subrogada s'estarà vulnerant l'interès superior del menor.

L'interès superior del menor s'ha de tenir en compte tant a priori com posteriori de l'acord de gestació subrogada. En primer lloc, a priori ja que és necessari que existeixi un marc legal que doni seguretat jurídica al nen, és a dir, que el protegeixi. En segon lloc, a posteriori ja que és interès superior del menor que els comitents que accedeixen a la gestació subrogada puguin ser pares perquè és el paper que han assumit i és el motiu pel qual accedeix a l'acord. La prohibició de que els comitents se'ls consideri pares pot causar

---

<sup>6</sup> Tal i com posa de relleu PADIAL ALBAS, A. *La relación materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*. 2018. Pàg. 46

un dany<sup>7</sup> per a un nen que ha nascut i no està amb qui volia assumir el paper de pares abans de que existís.

## **5.- Els obstacles a la inscripció del nen/a a nom d'ambdós progenitors**

Quan parlem d'inscripció al Registre Civil hem de tenir en compte que no és constitutiva excepte en els casos que preveu la llei tal i com estableix l'article 18 LRC<sup>8</sup>, permetent l'article 17.2 LRC que en cas de falta d'inscripció es pugui fer possible per altres medis de prova. Per tant, la inscripció és declarativa i la seva funció és donar publicitat de fets, actes o circumstàncies de les persones que l'han dut a terme.

En el cas concret, quan ens trobem davant d'un acord de gestació subrogada, el que es fa amb la inscripció d'aquell menor és publicitar una filiació jurídica que ja existeix i que és vàlida conforme a la legislació estrangera del lloc on s'ha dut a terme la gestació subrogada, tal i com indica la STSJ (sala del social) de Catalunya de 23 de novembre de 2012.

El procediment d'inscripció és un procés controvertit, que ha fet que la Direcció General dels Registres i Notariat s'hagi pronunciat en varies ocasions<sup>9</sup>, fet que genera diferents solucions en procediments similars.

La Direcció General dels Registres i Notariat ha assentat unes bases per tal de fer efectiva la inscripció d'un/a nen/a nascut per un procediment de gestació subrogada a l'estranger.

La primera base en que totes les resolucions coincideixen, ometent la solució jurídica, és l'interès superior del menor, aquesta base, és la que determina la inscripció al Registre.

---

<sup>7</sup> El dany implica que el nen no tingui vincles jurídics, ni visqui amb qui el volin, i inclús es pot donar el cas que un d'ells ha aportat material genètic.

<sup>8</sup> Art 18 LRC: *"la inscripció al Registre Civil només tindrà eficàcia constitutiva en els casos previstos per la llei"*.

<sup>9</sup> Resolució de 18 de febrer de 2009, Resolució de 5 d'octubre de 2010.

La resolució de 18 de febrer de 2009, va ser transcendental pel que fa a la gestació subrogada, ja que va admetre la inscripció al Registre Civil de dos fills nascuts per acord de gestació subrogada de dos homes casats, aportant, aquests, un Certificat de naixement expedit per les autoritats de Califòrnia<sup>10</sup>.

La Direcció General va apreciar que el control de legalitat dels certificats registrals estrangers, s'havia d'estendre a comprovar que es tractés d'un document públic autoritzat per una autoritat estrangera i que estigués emès per una autoritat registral que desenvolupés tasques equivalents a les espanyoles conforme els articles 81<sup>11</sup> i 85<sup>12</sup> del Reglament del Registre Civil.

Donat que es donaven els requisits formals per dur a terme la inscripció dels menors al Registre Civil espanyols i la certificació de Califòrnia no vulnerava l'ordre públic espanyol, es va procedir a la inscripció, inscripció que no va estar d'acord el ministeri fiscal i va impugnar d'acord a l'article 49.3 de la LRC, resolent el Jutjat de Primera Instància de Valencia.

La Direcció General, considera que els articles registrals el que estableixen és que existeixi un control de legalitat, és a dir, a comprovar que al Registre Civil accedeixin documents que es presumeixin vàlids, tasca que ha de dur a terme l'Encarregat del Registre. Però, continua dient, que no vol dir que aquest control sigui comprovar que la resposta del Certificat expedit per l'autoritat estrangera sigui com la que hagués resol l'autoritat espanyola, sinó només que aquest certificat sigui vàlid i autèntic, és a dir, que no produeixi efectes contraris a l'ordre públic espanyol.

---

<sup>10</sup> País que esta permesa la gestació subrogada.

<sup>11</sup> Art: 81: “El document autèntic, sigui original o testimoni, sigui judicial, administratiu o notarial, és títol per inscriure el fet de que dona fe. També ho és el document autèntic estranger, amb força a Espanya d'acord a les lleis o als Tractats internacional.

<sup>12</sup> Art: 85: “Per practicar inscripcions sense expedient en virtut de certificació de Registre estranger es requereix que aquest sigui regular i autèntic, de manera que el seient de que es certifica, en quan als fets de que dona fe, tingui garanties anàlogues a les exigides per la inscripció per la llei espanyola. Es completaran pels medis legals les dades i circumstàncies que no puguin obtenir-se de la certificació o part estrangera, per no contindre'ls, per no merèixer en quan a ells autenticitat o per oferir, per qualsevol altre motiu, dubtes sobre la seva realitat. La falta d'inscripció al Registre Civil no impedeix practicar-la en espanyol mitjançant títol suficient”.

La resolució acaba considerant que no és aplicable l'article 10.1 LTRHA, donat que l'encarregat del Registre no està determinant una filiació sinó que ja està determinada i només ha d'efectuar la inscripció. El criteri fonamental és l'interès superior del menor establint que la millor solució és dur a terme la mateixa inscripció a Espanya que es va fer al registre estranger, donat que en cas contrari el menors fills d'espanyols quedarien privats de la filiació. I la millor situació és que quedarien sota l'empareda dels subjectes comitents que han donat el seu consentiment per ser pares o mares, perquè constitueix l'ambient adequat per al nen, es a dir, una protecció i una cura necessaris pel benestar.

En la resolució 5 d'octubre de 2010, la Direcció General, va assentar les bases que han de tenir en compte els encarregats del Registre quan reben sol·licituds d'inscripció de naixement realitzats per ciutadans espanyols que volen inscriure a menors nascuts a l'estranger a través d'un acord de gestació subrogada, fet que a suposat un canvi important en les inscripcions d'aquest tipus.

El requisit previ per aquests casos on apareix la gestació subrogada és la presentació davant l'encarregat del Registre d'una resolució judicial dictada per un Tribunal competent del país d'origen on es determini la filiació. La finalitat d'aquest requisit previ és el control de que s'estan complint tots els requisits del contracte al país on està permès, és a dir protegir l'interès superior del menor i de la mare gestant. Gràcies a la resolució judicial es permet constatar la capacitat jurídica i d'obrar de la dona gestant i que no incorri en error sobre les conseqüències que comporta dur a terme un acord de gestació subrogada, així com tampoc incorri en un error en el consentiment prestat, i que no hagi estat sotmesa a engany, violència o coacció, per tal d'evitar que es tracti d'un encobriment de tràfic internacional de menors.

No només es fixa aquest requisit previ, sinó que la resolució estableix una sèrie de requisits per a dur a terme la inscripció al Registre que són els següents:

- Que el procediment sigui equiparable a un procediment de jurisdicció voluntària espanyol.
- Que l'òrgan jurisdiccional estranger hagi basat la seva competència en criteris equivalents a la legislació espanyola.



- Que la resolució respecti l'interès superior del menor, destacant una custòdia immediata i total dels pares intencionals (els comitents) i un trencament absolut del vincle amb la mare gestant.
- Que la gestant conegui la rellevància de la renúncia i el seu caràcter absolut.

La finalitat d'aquests requisits és donar protecció jurídica a l'interès superior del menor i donar una resposta unànime per a futurs recursos que puguin interposar parelles que se'ls hi ha denegat la inscripció al Registre Civil.

D'aquests requisits, el més destacable, és que a diferència de l'anterior Resolució de 18 de febrer de 2009, ara és necessari que prèviament s'hagi presentat una resolució judicial dictada per un tribunal competent on es determini la filiació del nascut.

Per tant, remarca que no admet com a títol vàlid per a la inscripció del naixement i de la filiació del nascut, una certificació registral estrangera o una declaració acompanyada d'un informe mèdic on consti la identitat de la mare gestant i del naixement del menor, sinó que es requereix indispensable la resolució judicial dictada pel tribunal competent del país d'origen, que legítimi el reconeixement de la filiació a favor del comitent produïda aplicant les pròpies normes del país on ha tingut lloc l'acord de gestació subrogada. I que per tant, passarà el control de legalitat, si es garanteix que en el procediment s'ha respectat l'interès superior del menor i els drets de la mare gestant.

Aquesta instrucció és aplicable en tots els supòsits, és a dir, tant a parelles comitents heterossexuals com homosexuals, l'únic que es requereix és que es donin els requisits i condicions per accedir al Registre.

A més de les resolucions esmentades, la DGRN va dictar la circular d'11 de juliol de 2014 on considera que la conclusió a la que va arribar la instrucció de 5 d'octubre de 2010 queda reforçada pels pronunciaments que ha dut a terme el Tribunal Europeu de Drets Humans en dues sentències<sup>13</sup> on es declara que s'està violant l'article 8 CEDH, per infringir el dret a la vida privada i familiar, així com el principi de l'interès superior del

---

<sup>13</sup> 65192/11 (Mennesson c./França), i 65941/11 (Labassee c/França).

menor, no reconeixent la filiació entre els nens nascuts a l'estranger mitjançant un acord de gestació subrogada i els progenitors que han acudit a aquest mètode de reproducció assistida.

En definitiva, el que fa la circular és corroborar la vigència de la Resolució de 5 d'octubre de 2010, i per tant, els tribunals i jutjadors espanyols poden homologar a Espanya les sentències estrangeres relatives a la filiació jurídica de menors nascuts utilitzant convenis de gestació per encàrrec, sempre i quan el comitent o els comitents siguin espanyols, de manera que en aquests supòsits el que prima és l'interès superior del menor.

Per a que això es faci efectiu, tal i com estableix la resolució de 5 d'octubre de 2010, les resolucions judicials estrangeres han de declarar com a pares o mares als sol·licitants espanyols i que consti clarament el consentiment voluntari de les parts i la ruptura definitiva del vincle filial del menor amb la dona gestant.

En conclusió, el que pretén aquesta circular és determinar i donar a entendre que es prioritza l'interès superior del menor, evitant el desemparament i inseguretat jurídica, així com la privació de la seva identitat i nucli familiar, permetent, donar una millor solució a aquests problemes jurídics, a l'espera de que es regula de manera nacional o internacional els acords de gestació subrogada, establint mecanismes per regular aquesta situació.

## **6.- Evolució de la jurisprudència**

La Resolució de la DGRN de 18 de febrer de 2009 esmentada anteriorment, va ser impugnada i portada al Jutjat de primera instància de València núm.15 per part del Ministeri Fiscal, on va ser resolta per la sentència de 15 de setembre de 2010

El Jutjat de primera instància de València va rebutjar la solució donada per la DGRN, donat que considerava primordial tenir en compte la nul·litat al nostre ordenament jurídic de l'acord de gestació subrogada i per tant, deixant sense efecte la inscripció. Utilitza com a base jurídica l'article 23 LRC<sup>14</sup>, per tant, es basa en el que estableix l'article 10 LTRHA,

---

<sup>14</sup> Article 23 LRC: *"certificació de seients estesos en Registres estrangers, sempre que no hi hagi dubte de la realitat del fet inscrit i de la seva legalitat conforme a la llei espanyola."*

la filiació dels fills d'espanyols nascuts per un acord de gestació subrogada, amb independència de que sigui onerós o gratuït sempre es determinarà pel part, per tant, implica que com que la llei prohibeix l'acord per gestació subrogada, i l'encarregat del registre ha d'examinar segons l'article 23 LRC la legalitat del certificat expedit pel registre estranger segons la legislació espanyola, amb caràcter previ a la inscripció al Registre Civil, ha d'impedir la inscripció.

La sentència estableix que es pot aplicar l'article 10 LTRHA donat que estan davant d'un acord de gestació subrogada, i per tant, els menors nascuts per aquest mètode, la filiació se'ls determina pel part, és a dir, per la gestant, ja que existeix una prohibició per la legislació espanyola d'inscriure a un menor que prové d'un acord de gestació subrogada als comitents, sinó que només contempla la possibilitat d'inscripció a favor de la que ha donat a llum.

Per tant, tal i com s'ha esmentat anteriorment, l'article 23 LRC, estableix que l'encarregat del Registre Civil ha d'examinar la legalitat conforme a la llei espanyola del certificat expedit al Registre estranger amb caràcter previ a la inscripció al Registre Civil espanyol, i per tant la conseqüències sempre ha de ser la mateixa, i per tant, en situacions iguals s'ha de denegar la inscripció.

En definitiva, tomba el que havia determinat la DGRN donant per no vàlida la inscripció al Registre Civil. Aquesta sentència va ser recorreguda per un recurs d'apel·lació donant lloc a la sentència 23 de novembre de de 2011 de l'Audiència Provincial de València

L'Audiència Provincial de València coincideix amb el criteri del jutjat de primera instància, considerant que la base jurídica és l'article 23 LRC i que per tant, prèviament a dur a terme el Registre Civil, la certificació estrangera ha de superar un control de legalitat com també havia afirmat la DGRN en altres ocasions<sup>15</sup>. Per tant, segueix determinant el mateix, és a dir, que l'encarregat del Registre Civil espanyol ha de comprovar que la inscripció que es pretén dur a terme conforme al dret d'estranger es

---

<sup>15</sup> Resolucions com, 18/12/2000, 28/4/2008, 9/2/2009, 19/2/2009 i 27/2/2009

conforme a la legalitat espanyola, i que per tant, resulta d'aplicació directa l'article 10 LTRHA on es prohibeix expressament l'acord de gestació subrogada.

Un dels arguments fonamentals de la sentència de l'Audiència Provincial de Valencia, és que, en el cas concret, la denegació de la inscripció de la filiació derivada d'un acord de gestació subrogada no implicava una infracció del principi d'igualtat i de prohibició de discriminació per raó de sexe, d'acord l'article 14 CE en tant en quan l'article 7.6 de la LTRHA, estableix que, quan la dona estigues casada i no separada legalment o de fet amb una altre dona, aquesta última pot manifestar davant de l'Encarregat del Registre Civil que es determini la filiació al seu favor del fill nascut de la seva cònjuge, situació prohibida segons l'Audiència Provincial quan ens trobem en cas de dos barons (com és el cas concret), considera que aquesta prohibició no és discriminatòria per raó de sexe, dona que és un supòsit diferent i per tant, desigual i es pot tractar de manera diferent.

L'argument que utilitza és que en el cas de dues dones, aquestes no recorran a un acord de gestació subrogada donat que no necessiten acudir a una gestant, cosa contrària en el cas de dos barons, que si no acudeixen a l'adopció acudiran a la gestació subrogada i com que aquesta segons l'article 10 LTRHA és prohibida és produirà la denegació de la inscripció al Registre Civil a favor dels dos barons. Però, continua dient, que si dues dones recorreguessin a la gestació subrogada, també es prohibiria la inscripció al Registre i és per aquest motiu que no existeix discriminació per raó de sexe, en cas contrari, si es permetés ens podríem plantejar una inconstitucionalitat de l'article 10 LTRHA.

En quan a l'argument de l'interès superior del menor que la DGRN té en compte, la sentència nega que el principi de l'interès superior del menor pugui servir com a argument per donar lloc al nostre ordenament jurídic, a una filiació derivada d'un acord de gestació subrogada al ser considerat nul per l'article 10 LTRHA. Considera que tota sentència que afecti als menors d'edat ha de tenir en compte l'interès superior del menor, però no es pot aconseguir infringint la llei donat que la legislació espanyola dóna solucions per aquesta situació, que és l'article 10.3 LTRHA que dóna la possibilitat de dur a terme l'acció de reclamació de paternitat respecte del pare biològic conforme a les regles de l'adopció.

En conclusió el que s'estableix és que s'està defensant l'interès superior del menor prohibint-ho, donat que s'impedeix que la vida humana sigui objecte de comerç.

### 6.1.- Posició majoritària del TS

Aquesta sentència també va ser recorreguda, en aquest cas a través d'un recurs de cassació, que va ser resolt per la sentència de 6 de febrer de 2014 del Tribunal Suprem donant lloc a la mateixa solució que el jutjat de primera instància de València.

Els recurrents al recurs de cassació al·leguen<sup>16</sup> que el que s'està infringint és l'article 14 CE. Respecte de l'interès superior del menor, els recurrents consideren que privar als menors de la filiació és vulnerar l'interès superior del menor, donat que els deixa en una posició jurídica que els perjudica i a més els deixa desprotegits. No només això, sinó que també argumenten que el fet de que ells com a comitents hagin donat el consentiment a l'inici de l'acord de ser pares els converteix en els millors pares per naturalesa que puguin tenir els menors front la gestant, que, l'únic que ha fet és assumir el paper de mare gestant a través d'un acord duent a terme les prestacions que en aquest s'han estipulat, i com a conseqüència la manera de satisfer l'interès superior del menor és reconèixer la filiació que s'ha reconegut al seient registral realitzat per l'autoritat de Califòrnia com a conseqüència de l'acord de gestació subrogada conforme la legislació de l'estat de Califòrnia.

En definitiva, el que sol·licitaven els recurrents amb aquest recurs de cassació és confirmar el que havia establert la DGRN<sup>17</sup>, argument del qual va donar lloc al procediment de sentències.

Que el tribunal acceptés aquests arguments fa pensar que si el legislador considera nuls de ple dret els acords de gestació subrogada i atribueix la filiació a la gestant perquè

---

<sup>16</sup> Al·legació: “*infracció de l'article 14CE, per vulneració del principi d'igualtat, en relació amb el dret a la identitat única dels menors i a l'interès superior dels menors consagrat a la Convenció de Drets del nen, fet a Nova York el 2 de novembre de 1989*”.

<sup>17</sup> “*L'interès superior dels menors exigeix que aquest quedin a la cura dels subjectes que han donat el seu consentiment per ser pares, ja que això, constitueix l'ambient que assegura al nen la protecció i la cura que són necessaris pel seu benestar*”

aquesta es determina pel part, no reconeixent per tant, la filiació a favor dels comitents, s'està vulnerant l'interès superior del menor.

Per tant, el TS entén que aquests arguments donats pels recurrents no es poden acceptar ja que l'argument de l'interès superior del menor no pot superar-ho tot, i que per tant, el jutge no pot donar qualsevol resultat només basant-se en aquest argument i no tenint en compte altres arguments igual d'importants com per exemple acceptar una filiació com a conseqüència d'un acord de gestació subrogada que a Espanya està prohibit. Considera que no reconèixer la filiació establerta per les autoritats californianes suposa posar en perjudici la posició jurídica de menor, però també s'ha de tenir en compte que, si aquesta filiació va en contra de la llei, com és el cas diu, també suposa un perjudici pel menor, ja que s'està mercantilitzant la filiació d'un menor que resulta d'un acord de gestació subrogada, i que per tant, atenta contra la dignitat del menor convertint-lo en objecte de tràfic mercantil, i en conseqüència, s'ha de dur a terme una ponderació per a que la solució que s'adopti sigui la menys gravosa pel menor, i s'aconsegueix amb criteris establerts a l'ordenament jurídic espanyol.

Un altre aspecte que va tenir en compte el tribunal a la sentència és si algun dels comitents havia aportat gàmetes, ja que al recurs es podia sobreentendre que hi havia aportació de gàmetes però no s'explicitava quin dels dos barons havia sigut el que els havia aportat, fet de molta importància per aplicar l'article 10.3 LTRHA i protegir els vincles que el menor podia tenir amb el pare biològic (per aportar els gàmetes).

L'argument principal del TS és que considera que la gestació subrogada és contrària a l'ordre públic espanyol, en quan, el cos de la dona no pot ser un objecte comercial, és a dir, considera que la dona gestant a un nadó està utilitzant el seu cos com un objecte que es pot comercialitzar, és evident que considera que la inscripció al Registre Civil és nul·la.

El Tribunal utilitza com a argument l'article 10.1 CE, que reconeix la dignitat de les persones i el dret al desenvolupament de la seva lliure personalitat, desautoritzant a la Direcció General de Registres i Notariat, declarant il·legal la gestació subrogada al nostre ordenament jurídic. En relació a la gestació subrogada, diu el Tribunal que ens hem de basar en l'article 10 de la LTRHA, on es determina que la filiació es determina pel part i

que per tant, la mare és la gestant no permetent una filiació que no fos aquesta, considerant que la gestació subrogada és il·legal per ser inconstitucional, ja que és un contracte que té en joc la dignitat de la dona, i per tant, tanca la porta a una possible regulació al nostre ordenament jurídic.

En conclusió, la sentència concloïa afirmant que la protecció de l'interès superior del menor no es podia fonamentar en l'existència d'un acord de gestació subrogada i en una filiació que havia determinat l'estat de Califòrnia segons la seva legislació sinó que s'havia de partir de si realment existia un trencament de tot vincle dels menors amb la dona gestant, si existia un nucli familiar format pels menors i els recurrents i per últim la paternitat biològica d'algun d'ells respecte dels menors per ser el donant de gàmetes.

## **6.2.- Què és prioritari l'ordre públic espanyol o l'interès superior del menor?**

Amb la desestimació del recurs de cassació esmentat anteriorment, és destacable i molt important el vot particular que va dur a terme el Magistrat Rafael Sarazá Jimena on va declarar el següent: “ *que la sentència reconduïx la solució del cas a un supòsit de reconeixement d'una decisió d'autoritat administrativa estrangera, l'adoptada pel Registre Civil de Califòrnia, a l'inscriure el naixement de dos fills nascuts a aquest Estat nord-americà el 24 d'octubre de 2008 mitjançant una gestació per substitució, que havia sigut sol·licitada davant el Registre Civil espanyol per dos barons espanyols, casats entre sí al 2005*”.

El Magistrat va establir amb quins arguments discrepava sobre la decisió de desestimar el recurs de cassació:

1. Accés al Registre de la Certificació expedida per l'autoritat administrativa de Califòrnia.
2. Ordre públic
3. Interès superior del menor.

En primer lloc, considera que no estan davant d'un conflicte de lleis sinó de reconèixer una decisió d'una autoritat, concretament l'adoptada per l'autoritat administrativa del Registre Civil de Califòrnia. El cas de gestació subrogada no planteja problemes sobre llei aplicable, sinó el de reconèixer a Espanya un document autèntic expedit per una

autoritat administrativa estrangera tal i com considera la DGRN conforme a l'article 81 del RC. Estableix que si ens situem en l'àmbit de la certificació, existeix una resolució estrangera on no consta que s'ha dut a terme un acord de gestació subrogada, continuant en aquest argument, si no s'estipula que es un acord de gestació subrogada, s'estaria aplicant l'article 81 de manera correcta en el sentit de que el document permet la inscripció a registre civil sense necessitat de controlar la legalitat conforme la llei espanyola, donat que ja esta d'acord a la llei californiana. En conseqüència, considera que no és aplicable l'article 10 LTRHA, donat que la filiació ja ha sigut determinada per una autoritat estrangera, amb el que el problema es traslladaria a resoldre si aquesta decisió californiana és o no contraria a l'ordre públic.

En segon lloc, considera que la denegació del reconeixement només es pot donar quan sigui contrari a l'ordre públic entès des de l'interès superior del menor, és a dir, no s'ha de valorar l'ordre públic des del punt de vista de ser contrari a la normativa espanyola sinó que des de l'interès superior del menor, i que ha de ser observada pels jutges i tribunals tal i com estableix l'article 53CE i l'article 5 LOPJ tal i com s'ha observat en una sentència el TC<sup>18</sup>. S'ha de tenir en compte que cada vegada més, s'està regularitzant i flexibilitzant més els casos de gestació subrogada, i així ho va fer la DGRN a la resolució de 5 d'octubre de 2010 on es va permetre la inscripció al Registre Civil dels fills nascuts a través d'un acord de gestació subrogada sempre i quan un dels comitents fos espanyol. El magistrat està considerant que si s'està flexibilitzant s'ha de continuar per aquest camí, ja que la flexibilització dona a entendre que no s'està vulnerant l'ordre públic espanyol, sinó que es tenen en compte altres qüestions.

Considera que l'ordre públic espanyol es torna a posar en evidència a l'informe preliminar a la Conferencia de Dret Internacional Privat de l'Haya, de 10 de març de 2012, on desenvolupa la problemàtica que causa la gestació subrogada, i on apareix un intent de regularitzar-la internacionalment intentant donar respostes, a causa de l'augment de casos d'aquest acord.

---

<sup>18</sup> STC 151/2000 de 29 de maig.



Per tant, segons el seu criteri, observa que no s'està vulnerant l'ordre públic espanyol tenint en compte que s'està utilitzant el cos de la mare gestant com un objecte comercial, sinó que estem davant d'un acord lliure de voluntats de les parts que té com a objecte la gestació d'un nen que passarà a ser fill dels comitents.

Observa que aplicar la normativa interna per qüestió d'orde públic, perjudica als nens que podrien veure's en situacions de desemparament i de privació de la seva identitat i del seu nucli familiar, no aplicant la normativa internacional que exigeix que atendre a l'interès superior del menor tal i com a destacat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea<sup>19</sup>

El magistrat acaba concloent reflexionant sobre la comprovació de cas per cas de si existeix vulneració de l'ordre públic, donat que no és un assumpte automàtic, i que per tant, els tribunals espanyols són els que han de decidir si les resolucions estrangeres que se'ls hi presenten són contràries als principis constitucionals però no considerant-ho des d'una llei que ho anul·la, sinó si els efectes que provoca la decisió són contraris a l'ordenament jurídic espanyol.

Continua dient, que en la sentència hi ha qüestions que no s'han concretat com per exemple:

- Que no s'estableix com es veu afectada la dignitat de qui sol·licita lliure i voluntàriament aquesta forma de procreació, així com tampoc la de la dona que accepta l'acord.
- No s'estableix com es veu afectada la dignitat dels nascuts als que es procura donar una família.
- No s'ha demostrat que puguin existir beneficis econòmics indeguts o la participació de possibles intermediaris.
- Acaba dient que la DGRN és que valora especialment en resolucions com la que ha donat lloc a aquest procediment si s'ha respectat l'interès superior del menor

---

<sup>19</sup> STJUE de 2 octubre de 2003 (cas Garcia Avello) i de 14 d'octubre de 2008 (cas Grunkin-Paul).

d'acord amb el que estableix l'article 3 de la Convenció de 20 de novembre de 1989 sobre els drets del nen<sup>20</sup>.

En tercer lloc, però no menys important, en relació amb l'interès superior del menor, s'ha de protegir abans i després de la gestació, que és el que van fer els tribunals americans en primer lloc, però en segon lloc s'ha denegat pels tribunals espanyols ignorant una nova realitat i no procurant solucions que siguin més beneficioses pel menor, com és el cas, de que uns menors tenen una família que actua com a tal i que ha actuat legalment conforme la legislació estrangera, en contraposició, aplicar la normativa interna el que és fa desprotegir i perjudicar a que els nens es trobin en situacions de desempara.

El magistrat Rafael Sarazá Jimena acaba concloent al seu vot particular que s'havia d'haver casat la sentència recorreguda, i en conseqüència, revocar la sentència del jutjat i desestimar la demanda formulada pel Ministeri Fiscal, mantenint per tant, la inscripció al Registre Civil, donat que té més pes i més prioritat l'interès superior del menor que no pas l'ordre públic espanyol.

### **6.3.- Dret a la identitat única del menor**

El Tribunal Europeu de Drets Humans ha dictat dues sentències que han sigut pioneres en l'àmbit de la gestació subrogada. En primer lloc, la sentència 65192/11 cas Mennersson i en segon lloc la sentència 65941/11 cas Labasse ambdues de 2014.

Els fets que van donar lloc a les sentències és que els comitents sent una parella heterosexual, després de varies inseminacions in vitro, on la dona acaba resultant infèrtil, decideixen acudir a la gestació subrogada a Califòrnia amb els gàmetes masculins del comitent i els gàmetes femenins d'una donant. Un cop la gestant ha tingut les bessones,

---

<sup>20</sup> Art 3: “ 1. En totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial a que s'atindrà serà l'interès superior del nen. 2. Els estats parts es comprometen a assegurar al nen la protecció i la cura que siguin necessaris pel seu benestar, tenint en compte els drets i deures dels seus pares, tutors o altres persones responsables d'ell davant la llei i, amb aquesta finalitat, prendran totes les mesures legislatives i administratives adequades. 3. Els estats parts s'asseguraran de que les institucions, serveis i establiments encarregats de la cura o la protecció dels nens compleixin les normes establertes per les autoritats competents, especialment en matèria de seguretat, sanitat, número i competència de la seva persona, així com en relació amb l'existència d'una supervisió adequada.

el tribunal californià considera que els pares legals són els comitents. Un cop tenen les filles, els comitents entren a França i procedeixen a dur a terme la inscripció, on aquesta en un principi és admesa, però que finalment és recorreguda per l'estat francès, considerant que la inscripció de les menors és il·legal conforme al dret francès.

Donada aquesta situació, els comitents el que fan és recórrer la decisió i arriben al TEDH fa les següents consideracions:

1. En primer lloc, que s'està vulnerant l'article 8 CEDH<sup>21</sup>, relatiu al respecte a la vida privada i familiar, de manera que, sense tenir en compte l'interès superior del menor, els demandants no van tenir la possibilitat d'obtenir a França el reconeixement de la filiació legalment establerta a un país estranger.
2. En segon lloc, s'al·legava la infracció de l'article 14 CEDH<sup>22</sup>, referit a la prohibició de discriminació jurídica, els demandants es queixaven de que degut a la impossibilitat d'obtenir a França el reconeixement del vincle de filiació, els menors no tenien garantits els seus drets a la vida familiar.
3. En tercer lloc, s'estava vulnerant l'article 12 CEDH<sup>23</sup>, no donant la possibilitat de que formar una família davant de la negativa de reconèixer la filiació.

En aquest punt el que fa el TEDH és donar un pas endavant a favor de la gestació subrogada, donat que la negativa de les autoritats franceses a reconèixer legalment la relació familiar entre els sol·licitants suposa una ingerència al dret garantit a l'article 8 CEDH, no només en el que respecta a la vida familiar sinó que també a la vida privada. I

---

<sup>21</sup> “1. tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència. 2. no podrà haver ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó en tant en quant aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, sigui necessària per la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels demés”

<sup>22</sup> “El gaudi dels drets i llibertat reconeguts al present conveni ha de ser assegurat sense distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional, social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació”

<sup>23</sup> “A partir de l'edat núbil, l'home i la dona tenen dret a casar-se i a formar una familiar segons les lleis nacionals que regeix l'exercici d'aquest dret”.

que per tant, es necessari i exigeix el tribunal que es pugui establir els detalls de la seva identitat com a ser humà, i això significa incloure la filiació.

No obstant, això no vol dir que França no pugui voler dissuadir als seus nacionals de recórrer a l'estranger per utilitzar el mètode de la gestació subrogada que està prohibida al seu país, sota l'argument de que s'està protegint al menor i a la gestant.

Conclouen les sentències establint que al TEDH li correspon investigar si s'ha arribat a un equilibri entre els interessos de l'estat de no regular la gestació subrogada i les persones que es veuen afectades com a conseqüència d'acudir a un altre estat per dur-la a terme.

El tribunal considera que el principi fonamental és l'interès superior del menor i aquest ha de prevaldre, i, és per aquest motiu que aquest interès exigeix una continuïtat espacial de la filiació, així com un respecte al dret a la identitat única dels menors nascuts a través de l'acord de gestació subrogada, que preval per sobre de qualsevol altra consideració. Per tant, considera que l'estat ha de prendre mesures de protecció dels drets dels nens, perquè preval per sobre de tot, l'interès superior del menor.

## **7.- La regulació de la gestació subrogada en el dret comparat**

La gestació subrogada es troba en diferents escenaris en funció del país on es realitza, podent realitzar una classificació dels diferents enfoc jurídics que té la gestació subrogada:

- Països on la gestació subrogada és il·legal<sup>24</sup>
- Països on la gestació subrogada és legal sempre que el contracte sigui altruista<sup>25</sup>
- Països legals ja sigui un contracte oneros o gratuït<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Espanya, França, Xina, Japó, Itàlia.

<sup>25</sup> Canada, Mèxic, Brasil, Regne Unit Grècia, Austràlia, Holanda.

<sup>26</sup> Israel, Índia, Iran, Romania, Ucraïna, Rússia, Nova Zelanda, Sudàfrica, Estats Units.

### 7.1.- Països on està permès:

Dins de les legislacions que admeten la gestació subrogada, poden trobar dos grups de països.

En primer lloc, el primer grup<sup>27</sup> la regulació de gestació subrogada es determina en començar un procediment per a que els comitents obtinguin la paternitat legal del nen nascut com a resultat d'un acord de gestació per substitució ex post facto, per tant, es centren en la transferència de la filiació després del part. Aquest sistema no posa en perill el dret de la gestant a prendre decisions autònomes respecte del seu embaràs, ja que s'està conservant el principi *mater semper certa est*, i protegeix el dret de la gestant a un canvi de pare. Tot i així, aquest sistema dóna lloc a dubtes i ambigüitats donat que estem davant d'una situació en que la gestant també és la mare i per tant, xoca amb el concepte de gestació subrogada, a més també xoca amb la legislació sobre la donació de gàmetes, ja que s'assegura que els donants no tenen cap vincle de filiació amb el nen. Per tant, ens trobem en una regulació que pot donar lloc a conflictes entre els comitents i la gestant, donat que els comitents poden no gestionar la transferència de la filiació o que la gestant es negui a transferir-la.

En segon lloc, el segon grup<sup>28</sup> determina que ha d'existir un procés de pre aprovació de l'acord de gestació subrogada, és a dir, els comitents i la gestant han de presentar-se davant un organisme, ja sigui un jutge, un tribunal o un notari per a que aquest aprovi l'acord abans de procedir al tractament mèdic. Aquest segon grup, és més protector davant de dubtes jurídics o canvis d'opinió donat que es requereix que l'acord sigui aprovat abans de la concepció i preveu que totes les parts que estan involucrades estiguin d'acord des del principi. Per tant, a diferència del primer grup, el que pretenen aquests països és avançar-se als problemes que puguin sorgir gràcies a aprovar el que s'ha acordat abans de l'implant de l'embrió. És evident, que els problemes poden sorgir perquè sempre es poden donar imprevistos, però aquest sistema permet disminuir les possibilitats, ja que només es concedirà l'autorització un cop comprovat que es compleixen tots els requisits legals i es pot preveure que no sorgiran problemes.

---

<sup>27</sup> Alguns exemples, el Regne Unit, Austràlia.

<sup>28</sup> Grècia, Israel, Sudàfrica, Estat Units...

Hem centraré en explicar dos països els quals regulen i permeten plenament la gestació subrogada però des de dos perspectives molt diferents.

### **7.1.1.- Un exemple: Estats Units**

Els Estats Units no tenen una regulació conjunta pel que fa a la gestació subrogada, donat que hi ha països en que està absolutament prohibit, d'altres que està acceptat, i d'altres que tenen limitacions a l'hora de regular-ho<sup>29</sup>. Algun dels exemples són, Califòrnia que accepta i regula la gestació subrogada tant gratuïta com onerosa, el districte de Columbia que només l'accepta si és gratuïta o Nebraska que considera nul el contracte de gestació subrogada.

A Estats Units el primer antecedent és de 1986, on un matrimoni heterosexual va dur a terme un acord de gestació subrogada amb una dona que seria la gestant, per a que engendres a un nadó amb els gàmetes del comitent. El problema va sorgir que quan la nena va néixer la gestant es va negar a cedir la custòdia i per tant, els comitents ho van portar als tribunals de Nova Jersey. L'òrgan judicial va concretar que l'acord de gestació subrogada era nul però analitzant quina era la millor solució pels interessos de la nena, va tenir en compte la teoria de l'interès superior del menor donant la custòdia als comitents, però atorgant un regim de visites amb la gestant.

Actualment, Califòrnia és l'Estat dels Estats Units on no només està permès sinó que és on més demandes es produeixen. Hem de tenir en compte que està permesa però no de manera altruista sinó remunerada i que a diferència d'altres països està permès l'acord de gestació subrogada a favor de parelles homosexuals. Califòrnia compta amb una gran varietat de clíniques o agències mediadores entre ambdues parts (comitents i gestant), a les quals els comitents han de pagar una compensació dinerària per les despeses derivades de la gestació a més de pagar a la gestant per la gestació.

---

<sup>29</sup> Això es així perquè els Estats Units és un estat federal i cada país té el seu propi govern amb les seves pròpies lleis. La regulació de la gestació subrogada a Estats Units es fonamenta amb els drets de privacitat i procreació consagrats a la Carta Magna del nord d'Amèrica.

Pel que fa al reconeixement de la filiació no és automàtic ja que es requereix que la part interessada inici un procediment judicial tal i com estableix la seva legislació,<sup>30</sup> on el que es tracta és confirmar els drets parentals i establir la filiació del nascut respecte de dos membres de la parella comitents a partir d'una sentència que declara la filiació al seu favor, així per tant, queda extingida la filiació que es pogués establir a favor de la mare gestant. D'aquesta manera, la filiació del nascut passaria als pares comitents o a la persona comitents, en el cas que fos una.

### **7.1.2.- Índia: Un exemple de mercantilització**

Tradicionalment a l'Índia estava permesa la gestació subrogada i a més era una pràctica habitual. La situació que es donava era que la majoria de dones eren pobres de zones rurals que no eren conscients de les conseqüències que podria provocar dur a terme un acord de gestació subrogada i només ho feien per la remuneració que obtenien, ja que era impossible aconseguir aquells diners en altres circumstàncies.

Es va estudiar una proposta del Consell per la Investigació mèdica per a posar ordre a aquesta situació, i al 2005, es van establir una sèrie de normes bàsiques que s'han de seguir en qualsevol procediment mèdic d'aquest tipus.

La llei no permetia accedir a la gestació subrogada als estrangers, només a aquelles parelles heterosexuales casades on al seu país estigues permesa la gestació subrogada. Per tant, per poder accedir a la gestació subrogada era necessari que la parella estrangera casada sol·licités un visat mèdic especial que només es concedir si portaven almenys dos anys casats. Aquest visat havia d'anar acompanyat d'altres documents<sup>31</sup>.

Fins al 2015, els estrangers estaven obligats a presentar una carta de la seva ambaixada on s'establís que al seu país estava permesa la gestació subrogada, com a conseqüència d'aquest requisit, l'Índia va deixar de ser un destí per molts comitents i va donar lloc a una disminució d'aquesta pràctica. Aquest mateix any, el govern va presentar un nou

---

<sup>30</sup> Secció 7630 (f) del California Family Code.

<sup>31</sup> Una declaració jurada dels pares sol·licitants que cuidarien als fills nascuts a través de la gestació subrogada, un contracte legal entre els futurs pares i la gestant índia, una prova de que procés s'havia realitzat en una clínica de reproducció registrada i reconeguda com a tal, i per últim, una carta de la clínica que confirmés que la compensació en total per la gestant havia sigut totalment pagada segons el contracte.

projecte de llei que prohibia als estrangers accedir a la gestació subrogada, amb la intenció de que encara es disminuís més la taxa. Per tant, si entra en vigor aquesta llei, només podran recórrer a la gestació subrogada aquelles persones que siguin d'origen indi, estranger resident a la Índia o estranger casat amb un ciutadà de l'Índia, ser un matrimoni heterosexual amb problemes de fertilitat i estar casats des de al menys 5 anys abans. En conseqüència, els estrangers, els indis no residents, les parelles de fet, els homosexuals i els solters no poden accedir a tenir fills mitjançant un acord de gestació subrogada, així com tampoc els que ja tenen fills, donat que no són infèrtils.

## **8.- La possibilitat o necessitat de regulació a Espanya**

A Espanya hi ha una associació que s'ha encarregat de dur a terme un projecte de llei sobre la gestació subrogada intentant aconseguir les firmes requerides. A més, en l'àmbit legislatiu hi ha un projecte de llei presentat al Congrés dels Diputats per tal de poder regular la gestació subrogada.

### **8.1.- Associació per la gestació subrogada a Espanya**

L'associació per la gestació subrogada a Espanya ha dut a terme una proposta de llei per a que es reguli aquesta matèria. Els valors d'aquesta associació es basen en totes aquelles persones que han accedit a aquesta tècnica de reproducció assistida a l'estranger i adaptar-ho a la nostra legislació i per aquest motiu van realitzar una proposició de llei.

La proposició es basa en la realitat que suposa a Espanya la gestació subrogada i la necessitat de que es legisli. Els arguments que donen a l'exposició de motius és que igual que en altres matèries s'adapta la legislació per com evoluciona la societat, s'ha de fer el mateix amb la gestació subrogada. I es pretén garantir els drets de totes aquelles persones que intervenen en un procediment com aquest, des de la gestant, fins al/s progenitors i tercers que puguin intervenir.

En primer lloc, l'associació per la gestació subrogada a Espanya considera que la gestació subrogada: *“és la tècnica de reproducció humana assistida per la que una dona acceptar ser la gestant mitjançant qualsevol de les tècniques de reproducció assistida contemplades per la llei i donar llum al fill d'altres persones o persona”*.



És destacable que, en quan als progenitors, consideren que aquests poden o no aportar el seu material genètic i no és motiu per no poder accedir a aquesta tècnica, a més, d'haver esgotat o ser incompatible amb altres tècniques de reproducció humana assistida.

En quan a la gestant haurà de ser major de 18 anys, i, com a diferència d'algunes legislacions d'altres països, només s'encarrega de la gestació sense aportar material genètic propi, i que per tant, la gestació es produirà amb la donació dels corresponents gàmetes femenins i masculins, i ho fa sota el seu consentiment lliure sent requisit indispensable que no es produirà cap vincle de filiació amb ella. A més només ho podrà realitzar sempre i quan no suposi un risc greu per la seva salut, física o psíquica o la possible descendència i prèvia acceptació lliure i conscient de la seva aplicació, que haurà d'haver sigut anteriorment i degudament informada dels riscos i les condicions de la tècnica.

Quan parlen de la gestació subrogada com a tècnica de reproducció humana assistida es basen en que estem davant d'un contracte, argument del qual discrepo com he explicat anteriorment, donat que considero que estem davant d'un acord. Per tant, l'acord o contracte com ells l'anomenen ha de ser un document públic pel qual una parella ja sigui heterosexual o homosexual o un persona sola acorden amb una dona la gestació. Aquest contracte/acord s'hauria d'atorgar davant de notari abans de realitzar qualsevol tipus de procediment referent a les tècniques de reproducció humana assistida i juntament s'hauria d'annexar el justificant conforme la gestant esta inscrita al registre de gestants, a més d'haver-se de presentar aquest contracte al Registre Nacional de gestació per subrogació.

Considera l'associació que el contracte ha de contenir com a mínim:

- La compensació econòmica que percebrà la dona gestant per subrogació la forma i el mode de percepció.
- Quina és la tècnica de reproducció humana assistida que es realitzarà.
- Forma, mode i responsables mèdics del seguiment del procés de gestació subrogada i on es produirà el part.

- Designació de tutor d'acord amb l'article 223 CC<sup>32</sup>.
- Detalls de l'assegurança que estableix la proposició de llei<sup>33</sup>

En quan a la compensació econòmica que ha de constar al contracte, no és una compensació lucrativa, sinó que la gestació subrogada ha de ser gratuïta i l'única compensació econòmica és per compensar les molèsties físiques, les despeses de desplaçament i laborals i el lucre cessant inherents la procediment i proporcionar a la dona gestant les condicions idònies durant els estudis i tractament pregestacional, la gestació i el post-part. Evidentment, aquesta compensació serà a càrrec dels progenitors i a favor de la gestant.

En quan a la determinació legal de la filiació preveuen que un cop s'hagi formalitzat el contracte de gestació subrogada i s'hagi produït la transferència embrionària a la dona gestant el/s progenitor/s no podran impugnar la filiació del fill nascut com a conseqüència de la gestació. I seran aquests, els que hauran de promoure la inscripció aportant una còpia autenticada del contracte que estigui correctament registrat.

En quan a la premoriència d'un dels progenitors, el progenitor supervivent si decideix continuar amb el procés, no es podria determinar legalment la filiació ni reconèixer cap efecte o relació jurídica entre el fill nascut per l'aplicació de les tècniques regulades i la persona morta quan no s'hagi produït la transferència embrionària a la dona gestant ni el material reproductor del progenitor subrogant mort. En contraposició, si es produeix la premoriència d'ambdós progenitors subrogant o un progenitor subrogant únic, el

---

<sup>32</sup> Art 223 CC: “ Els pares podran en testament o document públic notarial nombrar tutor, establir òrgans de fiscalització de la tutela, així com designar les persones que hagin d'integrar-los i ordenar qualsevol disposició sobre la persona o béns dels seus fills menors o incapacitats.

Així mateix, qualsevol persona amb la capacitat d'obrar suficient, en previsió de ser incapacitada judicialment en el futur, podrà en document públic notarial adoptar qualsevol disposició relativa a la seva pròpia persona o béns, inclosa la designació de tutor.

Els documents públics als que es refereix el present article es comunicaran d'ofici pel notari autoritzant al Registre Civil, per a la seva indicació en la inscripció de naixement del interessat.

En els procediments de incapacitació, el jutge recavarà certificació del Registre Civil y, en el seu cas, del Registre d'actes d'última voluntat, a efectes de comprovar l'existència de les disposicions a les que es refereix el present article.

<sup>33</sup> La llei preveu que la dona gestant sigui beneficiària d'una assegurança que haurien de fer-se càrrec el /s progenitor/s.

contracte de gestació per subrogació mantindrà validesa a efectes de determinar la filiació, estant obligats a promoure la inscripció per la declaració corresponent segons l'article 43 RC<sup>34</sup>.

Per últim aquesta proposició de llei preveu un registre de gestació per subrogació, que hauria de ser el **Registres Nacional de gestació per subrogació**, adscrit al Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat, és a dir, és aquell registre administratiu en que s'haurien d'inscriure les dones que desitgin ser gestant per subrogació. A més, en aquest registre s'haurien d'inscriure els contractes per subrogació que s'atorguessin.

## **8.2.- Proposició de llei reguladora del dret a la gestació per subrogada al Congrés dels diputats**

El grup parlamentari que ha presentat aquesta proposició ho fa amb la finalitat de regular el dret dels progenitors gestants a poder accedir a la gestació subrogada a través d'una altre persona, per a construir una família i els drets de la gestant en quan a les condicions de llibertat, igualtat, dignitat i absència de lucre.

Utilitzen com a antecedent la Instrucció de 5 d'octubre de 2010, analitzada anteriorment, que obre la porta a inscriure i consideren que regular la gestació subrogada per llei dona seguretat jurídica i que no s'ha d'anar interpretant cada cas, sinó que hi ha una regulació en la que basar-se. Estant totalment d'acord amb els arguments de la Instrucció, des de que es deixa sense contingut efectiu la nul·litat del contracte, fins a l'interès superior del menor.

Si analitzem la proposició de llei, considera que la gestació subrogada és: *“és la gestació que es dur a terme quan una dona accepta ser la gestant mitjançant qualsevol de les tècniques de reproducció humana assistida contemplades per la llei i dona llum al fill o fills d'una altra persona o persones, els progenitors subrogants.”*

---

<sup>34</sup> Art 43 RC: *“Les persones obligades a promoure la inscripció hauran de comunicar els fets i actes que es puguin inscriure, bé mitjançant la presentació dels formularis oficials degudament complimentats, bé mitjançant la seva remissió per medis electrònics en la forma que reglamentàriament es determini, acompanyat els documents acreditatius que en cada es s'estableixi. També procedirà la inscripció a instància de qualsevol persona que presenti títol suficient.*

A diferència de la proposició de llei de l'Associació per la gestació subrogada, quan parlen dels progenitors subrogants, aquests només poden aportar material genètic, és a dir, no contemplen la possibilitat que els progenitors no aportin material genètic. En el que sí que estan d'acord és que els progenitors gestants han d'haver esgotat o ser incompatibles amb les altres tècniques de reproducció humana assistida.

En quan a la gestant, aquesta proposició estableix un article expressament amb els requisits que ha de complir la gestant que són els següents:

- a) Ser major de 25 anys, en contraposició amb l'edat que estableix l'associació que és de 18 anys, i menor de l'edat que reglamentàriament es fixi en funció de les condicions psicofísiques que es considerin adequades per la gestació amb èxit.
- b) Plena capacitat jurídica i d'obrar.
- c) Tenir un bon estat de salut psicofísica, d'acord amb l'article 5.6 de la LTRHA<sup>35</sup>
- d) Tenir bon estat de salut mental i, en particular, no haver patit episodis de depressió o desordres psíquics.
- e) Haver gestat, al menys, un fill sa amb anterioritat, en contraposició de l'altre proposta de llei de l'associació que estableix que el fill estigui viu.
- f) Disposar d'una situació socioeconòmica, així com familiar, adequades per afrontar la gestació en condicions òptimes de salut, benestar i seguretat.
- g) Posseir nacionalitat espanyola o residència legal a Espanya, en contraposició amb la proposició de l'associació que estableix que n'hi ha prou en que hagi viscut els 2 anys anteriors a Espanya.
- h) No tenir antecedents penals.
- i) No tenir antecedents de abús de drogues o alcohol.
- j) No haver sigut dona gestant per subrogació en més d'una ocasió amb anterioritat.

---

<sup>35</sup> Art 5.6 LTRHA: "Els donants hauran de tenir més de 18 anys, bon estat de salut, psicofísica i plena capacitat d'obrar. El seu estat psicofísic haurà de complir les exigències d'un protocol obligatori d'estudi dels donants que inclourà les seves característiques fenotípiques i psicològiques, així com les condicions clíniques i determinacions analítiques necessàries per demostrar, segons l'estat dels coneixements de la ciència i de la tècnica existents en el moment de la seva realització, que els donants no pateixin malalties genètiques, hereditàries o infeccions transmissibles a la descendència. Aquestes mateixes condicions seran aplicables a les mostres de donants procedents d'altres països; en aquest cas, els responsables del centre remissor corresponents hauran d'acreditar el compliment de totes aquelles condicions i proves la determinació de la qual no es pot practicar en les mostres enviades a la seva recepció. En tot cas, els centres autoritzats podran rebutjar la donació quan les condicions psicofísiques del donant no siguin les adequades".

D'aquests requisits, les lletres, g), h), i), i j) no estan contemplades a l'altre proposició.<sup>36</sup> En quan als requisits, c), d), f), h) i j) són requisits que la gestant hauria de mantenir durant el procés de gestació, en cas de canvi o modificació ho hauria de comunicar immediatament al Registre Nacional de Gestació per Subrogació i als progenitors subrogants. La gestant no podrà tenir cap vincle de consanguinitat amb el o els progenitors, en contraposició de la proposició de l'associació que estableix que podrà o no tenir qualsevol classe de vincle amb els progenitors.

El mateix passa amb els progenitors subrogants que també s'estableixen uns requisits, com ja he esmentat anteriorment, els progenitors o el progenitor ha d'haver esgotat o ser incompatible amb altres tècniques de reproducció assistida, així com aportar el seu material genètic. A més d'aquests requisits generals, n'hi ha de més específic que són els següents:

- a) Plena capacitat jurídica i d'obrar.
- b) Ser major de 25 anys i menor de 45 anys.
- c) Tenir nacionalitat espanyola o residència legal a Espanya, en contraposició la proposició de l'associació estableix que poden ser progenitors els espanyols o haver residit a Espanya durant els dos anys anteriors a la formalització del contracte de gestació subrogada.
- d) Acreditar que compta amb la capacitat, aptitud i motivació adequades per exercir la responsabilitat parental associada a la família que pretén construir.

Pel que fa als requisits específics a la proposició de l'associació, excepte la diferència de la nacionalitat els altres no els contempla<sup>37</sup>. Aquests requisits en el cas d'una parella casada o una relació equivalent només que un dels membres ho compleixi ja es possible accedir a la gestació subrogada.

---

<sup>36</sup> Proposició de llei realitzada per l'Associació per la gestació subrogada.

<sup>37</sup> És important destacar que la proposta al congrés dels diputats és més específica i contempla requisits que no estan contemplats per l'associació, donat que aquesta, es fixa en termes més generals.

En quan al contracte s'ha d'atorgar davant de notari amb caràcter previ a qualsevol aplicació d'una tècnica de reproducció humana assistida. Aquesta proposició també contempla quin és el contingut mínim que ha de contenir aquest contracte/acord:

- Identitat de les parts intervinents. Aquest aspecte no el contempla la proposició de l'associació però s'ha d'entendre que com qualsevol acte que duguin dues o varies parts, aquestes s'han d'identificar.
- Consentiment informat, lliure, exprés i irrevocable de les parts intervinents, tampoc ho contempla la proposició de l'associació i es un punt imprescindible per evitar errors i sobretot per a que cap de les parts estigui sotmesa per coacció o qualsevol altre actitud anàloga.
- Els conceptes pels quals la dona pot percebre la compensació econòmica, forma i mode de percepció. A diferència de l'altre proposta aquí es demana una concreció dels conceptes.
- Tècniques de reproducció humana assistida que s'utilitzaran.
- Informació sobre l'assegurança que ha de fer el progenitor o progenitors en favor de la gestant.
- Forma, mode i responsables mèdics dels seguiment del procés de gestació. Aspecte que tampoc designa l'altre proposició i molt important, per portar un seguiment exhaustiu del procés.
- Previsió del lloc del part i de les circumstàncies en les que el o els progenitors subrogants es faran càrrec del fill o fills.
- Designació de tutor d'acord amb l'article 223 CC.

A més junt amb el contracte s'ha d'annexar de manera obligatòria i com a requisit de validesa el certificat expedit pel Registre Nacional de Gestació per Subrogació, amb una antiguitat màxima de 1 mes, on es faci constar que la dona que intervé s'hagi inscrit després d'haver superat els exàmens corresponents, així com també s'ha d'annexar el certificat per l'acreditació del compliment per part del progenitor dels requisits i finalment, el contracte haurà de ser inscrit al Registre Nacional de Gestació per Subrogació.

És important destacar que aquesta proposa regula que no està permesa la celebració de contractes de gestació per subrogació quan existeixi una relació de subordinació econòmica, de naturalesa laboral o de prestació de serveis entre les parts implicades, és per aquest motiu que és necessari que ambdues parts estiguin sotmeses a exàmens i compleixin els requisits per tal d'evitar que es pugui fer un contracte fraudulent. Per tant, pel que fa a la compensació econòmica, només podrà cobrir les despeses estrictament derivades de les molèsties físiques, els desplaçaments i els laborals i el lucre cessant inherent a la gestació, juntament amb proporcionar a la gestant les condicions idònies durant els estudis i tractament pregestacional, gestacions i post part.

En quan a la filiació, preveuen que en cap moment s'establirà un vincle de filiació entre la dona gestant i el nen/a que pugui néixer. En cas que els comitents siguin una parella, la parella que no hagi aportat material genètic podrà manifestar segons la LRC que es determini la filiació al seu favor respecte del fill del progenitor subrogant. Per tant, per dur a terme la determinació legal de la filiació, s'efectuarà un cop s'hagi formalitzat el contracte de gestació per subrogació i s'hagi produït la transferència embrionària i per tant, no es podrà impugnar la filiació. Segons l'article 45 LRC<sup>38</sup> seran els progenitors els encarregats de promoure tal inscripció, havent d'aportar la copia autenticada del contracte ja registrat.

En quan a la premoriència d'un dels progenitors no es podrà determinarà legalment la filiació ni reconeixes efecte o relació jurídica entre el fill com a conseqüència de la gestació subrogada i el progenitor mort, excepte que en el moment de la mort ja s'hagi produït la transferència embrionària. Tot i així, si el progenitor que mort ha prestat el seu consentiment prèviament al contracte de subrogació i hagués aportat el material genètic es podrà utilitzar en els 12 mesos següents a la seva mort. En contraposició si es produeix

---

<sup>38</sup> Art 45 LRC: “Estan obligats a promoure la inscripció de naixement:

1. La direcció d'hospitals, clíniques i establiments sanitaris
2. El personal mèdic o sanitari que hagi atès el part, quan aquest hagi tingut lloc fora de l'establement sanitari.
3. Els progenitors. No obstant, en cas de renúncia al fill en el moment del part, la mare no tindrà aquesta obligació, que serà assumida per l'Entitat Pública corresponent
4. El parent més pròxim o, en el seu defecte, qualsevol persona major d'edat present en el lloc del part al temps de produir-se”.

la mort d'ambdós progenitors la gestació subrogada tindrà validesa igual, havent-se de promoure la inscripció segons l'article 45 LRC.

Aquesta proposició també preveu un Registre Nacional de Gestació per Subrogació on s'haurien d'inscriure les dones que desitgin ser gestant i compleixin els requisits, així com també s'haurien d'inscriure els progenitors subrogants.

Finalment, a diferència de l'associació es preveu una regulació dels centres autoritzats per poder realitzar aquesta tècnica i la seva corresponent inscripció, així com també una orientació per part de la Comissió Nacional de Reproducció Humana Assistida segons l'article 20 LTRHA. També preveu una sèrie de infraccions i les qualifica per lleus, greus o molt greus amb la seva corresponent sanció.

### **8.3.- Possible regulació**

Per plantejar una possible regulació a Espanya de la gestació subrogada hem de tenir en compte quin tipus de país ha de ser Espanya en quan a aquesta matèria. Tal i com s'ha esmentat anteriorment en l'apartat de dret comparat, es podien classificar els països en dos grups<sup>39</sup>, i la millor posició d'Espanya seria pertànyer al segon grup.

És a dir, si Espanya fa el salt per legislar la gestació subrogada hauria de formar part del grup de països que estableixen un procés de reaprovació dels acords de gestació subrogada, mitjançant el qual els comitents i la gestant han de presentar aquest davant el jutge per a que aprovi la gestació abans de procedir a qualsevol tractament mèdic. Aquesta preaprovació consisteix en que es dura a terme una aprovació, valoració i verificació del compliment dels requisits legals. Aquest procediment, en la meua opinió no només s'ha de realitzar davant d'un jutge sinó que ha d'anar acompanyat d'una valoració conjunta amb la Comissió Nacional de Reproducció Humana Assistida.

---

<sup>39</sup> El primer, és el procediment per a que els comitents obtinguin la paternitat legal del nen com a resultat de l'acord de gestació subrogada, per tant, es una transferència de la filiació després del part.

El segon, procediment de reaprovació dels acord de gestació subrogada davant un òrgan.



### 8.3.1.- Requisits de la gestant

Coincidint amb les propostes de llei, s'han de precisar requisits que compleixin les gestants per poder accedir a la gestació subrogada.

Per tant, requisit indispensable és que la gestant presti el seu consentiment lliure, ple i informat. Quan parlem de consentiment lliure vol dir que ha de ser sense coacció, violència, intimidació ni pressions. En quan a que sigui un consentiment ple, vol dir que ha de ser capaç de consentir i en últim lloc que aquest sigui informat, és a dir, que existeixi el corresponent assessorament previ a l'acord de gestació subrogada per l'equip mèdic així com també per la Comissió Nacional de Reproducció Humana Assistida.

En segon lloc, la gestant ha de tenir plena capacitat i bona salut física i psíquica, ja que voldrà dir que és competent per consentir i que per tant, no actuarà en contra de la seva salut psíquica ni física. Ara bé, el mateix que el requisit anterior, sempre sota la supervisió d'un jutge i de la Comissió Nacional de Reproducció Humana Assistida.

En tercer lloc, un aspecte fonamental a tenir en compte per la possible regulació de la gestació subrogada és si la gestant abans de sotmetre's a aquest procediment ha d'haver tingut un fill i si aquest ha d'estar viu o no. En la meua opinió la millor solució, és la que contempla l'associació per la gestació subrogada a Espanya en que consideren que la gestant ha de tenir almenys un fill i aquest ha d'estar viu, a diferencia de la proposició legislativa que només contempen que tingui un fill. És important, que la dona tingui un fill i aquest estigui viu perquè és conscient dels riscos que comporta gestar i el part i per tant, el consentiment que presta és més vàlid o més verdader que no si fos una gestant primerenca. A més, i no menys important, per comprovar que la dona es capaç de gestar i a més no li suposa un risc per la seva salut ni la del fill.

En quart lloc s'ha de tenir en compte si la gestant pot repetir el procediment de gestació o per si el contrari només ho pot realitzar un cop. Tenint en compte les dues proposicions, la de l'associació no estableix cap límit de gestar i en canvi, la proposició legislativa estableix que només es pot fer un cop. Segons la meua opinió, és un tema que haurien d'entrar a valorar els especialistes mèdics i establir si és millor només una vegada o si en

contraposició és possible establir un límit com passa amb les donants de gàmetes femenins.

L'últim requisit i més important és que la gestant no tingui cap vincle amb els comitents de cap manera, per evitar possibles problemes. La proposició de l'associació estableix la possibilitat o no de que hi hagi vincle amb els progenitors en canvi, la proposició legislativa estableix que no podrà tenir vincle de consanguinitat amb el o els comitents.

### **8.3.2.- Requisits dels comitents**

Hem de tenir present els canvis que s'han anat produint al llarg dels anys donant lloc a diferents tipus de família, motiu pel qual, existeixen parelles casades, parelles de fet, parelles heterosexuales, parelles homosexuals i famílies monoparentals. Totes aquestes han de tenir les mateixes possibilitats i els mateixos drets, per tant, si ha d'haver-hi una regulació de la gestació subrogada aquesta ha de ser accessible a tots els tipus de parelles i de famílies.

Els comitents per poder accedir a la gestació subrogada han de tenir algun problema d'impossibilitat per concebre o que no pugui dur a terme l'embaràs o no ho pugui fer perquè sigui un risc per la salut de la gestant o del fill, aquest problema d'infertilitat es pot aplicar tant a parelles homosexuals o heterosexuales. I per tal d'assegurar que existeix aquest problema s'ha d'acreditar mitjançant un certificat mèdic.

En quan al material genètic, crec que ha de ser un requisit indispensable que almenys un dels comitents aporti material genètic, ja que si ambdós tenen un problema de infertilitat no concorda amb els motius pels quals es regula la gestació subrogada que és que una parella pugui tenir un fill biològic a través d'una gestant, per tant, en aquest casos, haurien d'acudir a l'acolliment o a l'adopció, i no s'estaria discriminant per cap raó a aquesta parella.

### **8.3.3.- Requisits de l'acord**

En primer lloc, quan parlem de l'acord de gestació subrogada hem de tenir present el principi de l'interès superior del menor que no es pot vulnerar i en cas de fer-ho, el jutge

ha de poder denegar l'autorització per dur a terme la tècnica de reproducció humana assistida.

En el moment de formalitzar l'acord s'han de deixar estipulades totes aquelles qüestions que puguin generar controvèrsies durant el procediment de la gestació fins al part. Per tant, és important que els comitents acceptin els riscos d'anomalies, a excepció de la possibilitat de interrompre la gestació. Aquesta acceptació ha d'existir donat que si en un part biològic per dos persones pot donar lloc a una gestació amb anomalies no s'ha d'excloure en la gestació subrogada d'aquesta possibilitat.

Aquest acord de gestació subrogada no pot contenir clàusules o estipulacions que vagin en contra dels drets de la gestant sobre el seu cos, la llibertat personal, privacitat, integritat física.. en cas contrari si es realitzen s'han tenir per no posades.

En quan a l'avortament pot donar problemes si no es pacta a l'acord. Per tant, ha d'existir la possibilitat que les parts, és a dir, comitents i gestant pactin les condicions en que es podrà produir la interrupció. Per tant, que es reguli dona lloc a varies opcions: en primer lloc, si la gestant i els comitents ho han pactat, la gestant té dret a que se li paguin les despeses que s'han ocasionat fins al moment. En segon lloc, pot existir la possibilitat que sigui la gestant la que decideix avortar i per tant, ha de poder fer-ho lliurement, ja que no es pot obligar a la gestant a que continuï amb l'embaràs perquè atenta contra la seva llibertat, privacitat, integritat física... En tercer lloc, pot ser que els comitents siguin els que vulgui que es produeixi l'avortament i per tant, es pot donar el cas que la gestant es negui. En aquest cas, tampoc es pot obligar a interrompre'l donat que també atempta contra la llibertat, privacitat i integritat física. Són els comitents els han generat aquesta situació accedint a la gestació subrogada i per tant han de ser responsables del nen que ha de néixer.

Tot i això, es pot produir un avortament espontani o que el nen nasqués mort, en aquesta situació, els comitents haurien de pagar a la gestant la compensació que correspongués pels mesos que ha durat l'embaràs.

Un punt molt important a tenir en compte quan parlem de l'acord de gestació subrogada és que aquest ha de ser gratuït i només ha d'existir la compensació econòmica per les molèsties físiques, laborals i tractament mèdics, és a dir, el que es necessiti per la gestació sense que existeixi un lucre per part de la gestant.

Tal i com les proposicions de lleis estableixen, estic d'acord en que s'ha de realitzar una assegurança per part dels comitents en favor de la gestant per a que cobreixi les contingències que es puguin derivar com a conseqüència de la gestació subrogada.

#### **8.3.4.- Filiació i inscripció**

Tal i com s'ha anat desenvolupant al llarg del treball, estic totalment d'acord en que la filiació ha de correspondre al comitents o als comitents, donat que són aquells que desitgen al fill, ja que sense aquesta voluntat no es començaria el procediment de gestació subrogada, per tant, si l'inicien ells, es lògic que la filiació es determini a favor d'ells, i no s'estaria vulnerant l'article 10.3 LTRHA on estableix que es determina pel part, ja que si es regula la gestació subrogada aquest apartat de l'article s'hauria de modificar o eliminar.

A partir de considerar que la filiació ha de correspondre al o als comitents, és important si aquesta determinació també es dur a terme quan no hi ha aportació de material genètic. Com he argumentat anteriorment, un dels fets fonamentals que dóna lloc a que es reguli la gestació subrogada és quan en cas de parelles, una és infèrtil i l'altre no, i per tant, pot donar material genètic. Per tant, si no hi ha aportació de material genètic no s'estan complint les característiques que han donat lloc a la regulació i per tant, no té sentit que parlem de filiació quan no hi ha aportació genètica perquè tampoc podrien accedir a la gestació subrogada.

Per tant, només que un dels comitents o el comitents sol hagi aportat material genètic la filiació es determinarà en el seu favor sense tenir en compte el que estableix la LTRHA. Per tant, en aquest cas, quan un de la parella ha aportat material genètic, el que no aporta, simplement ha d'expressar davant del jutge la seva voluntat de que es determini la filiació al seu favor també.

Determinada la filiació els comitents han d'inscriure al fill al Registre Civil. Per dur a terme aquesta inscripció en un procediment de gestació subrogada és necessari que existeixi una autorització judicial on s'aprovi l'acord de gestació subrogada, juntament amb el certificat de naixement on constin els noms dels comitents o del comitents i la seva identitat. En el cas que el jutge no atorgui l'autorització per dur a terme l'acord de gestació subrogada, i tot i així, les parts inicien el procediment, o si les parts no la sol·liciten, la mare legal es la gestant donat que s'aplicaria l'article 10.3 LTRHA on s'estableix que la filiació es determina pel part.

Com a últim aspecte important per tenir en compte, és què passa en cas de mort del comitents o dels comitents un cop ja s'ha autoritzat per part del jutge l'acord de gestació subrogada i a més la gestant ja esta en estat però no ha nascut el fill. En aquest cas, el més lògic és que el fill serà dels comitents morts, ja que la filiació correspondria a qui ha iniciat el procediment de gestació subrogada i per tant, el jutge hauria de procedir a nomenar un tutor per aquell fill orfe.

## **9.- Entrevista a una parella homosexual que ha accedit a la gestació subrogada**

### **1.- ¿Cómo supisteis que existía la gestación subrogada?**

Desde hace muchos años que queremos ser padres, por otras parejas conocemos este método.

### **2.- ¿La gestación subrogada fue vuestra primera opción? En caso negativo, ¿cuál fue? ¿Por qué la gestación subrogada y no la adopción?**

No, la primera opción fue la adopción, pero no nos aseguraban poder ser padres y el tiempo que podía tardar llegaría hasta los 8 o 10 años.

### **3.- ¿Hay retribución económica? ¿Cuál? ¿Hay diferencia retributiva entre países?**

Depende de cada país o cada estado. Países como Canadá, Portugal o Grecia son totalmente altruista. En estados unidos depende del estado.

### **4.- ¿En qué país lo hicisteis? ¿Cuál fue el motivo para decidir un país u otro?**

En USA. Por la seguridad jurídica.

**5.- ¿Cuánto tiempo dura el proceso contando los 9 meses de gestación?**

Normalmente 2 años.

**7.- ¿Habéis recibido críticas por parte de familiares o amigos por haber acudido a la gestación subrogada?**

No.

**8.- Qué opinión tenéis de que en España no esté regulado? ¿Creéis que debería estar regulado?**

Tendría que estar regulado de una manera altruista para evitar cualquier tipo de mafia.

**9.- Por ser una pareja homosexual ¿habéis tenido más dificultades que parejas heterosexuales?**

Solamente es posible en Canadá o USA

**10.- Una vez ha nacido el bebé ¿cómo funciona el proceso, el registro civil, etc.?**

Antes del nacimiento del bebe ya hemos tenido un juicio donde se reconoce nuestra paternidad de ese niño. Una vez nazca lo primero es el certificado de nacimiento, luego el pasaporte americano y una vez esté esto se empiezan los tramites con la embajada española para inscribir el niño en España.

**11.- Pequeña valoración sobre la gestación subrogada para futuras parejas que quieran**

Es un proceso largo, costoso y como muchos momentos duros, pero merece la pena solo con poder ser padres.

## 10.- Conclusions

PRIMERA.- La primera idea que puc extreure d'aquest treball és que després d'haver realitzar el concepte de gestació subrogada establint que és: *“un procediment sotmès a un acord, onerós o gratuït, on intervé una parella ja sigui heterosexual, homosexual o un home sol, i una gestant, mitjançant el qual la gestant es sotmet a una inseminació artificial dels gàmetes propis, els de la comitent o els d'una donant, juntament amb els gàmetes masculins del comitent o d'un donant, per tal de que un cop nascut el nadó, l'entregui i renunciï a la custòdia d'aquest”* considero que no s'ha d'incloure la possibilitat de que l'acord sigui onerós, ja que, s'està mercantilitzant a la gestant i per tant, l'únic concepte econòmic que entenc possible és el que es genera per l'atenció mèdica que necessita tant la gestant com el nen/a.

SEGONA.- La regulació de l'article 10 de la LTRHA provoca un conflicte donat que estableix explícitament la prohibició de la gestació subrogada a Espanya fet que provoca que, qui vol accedir a la gestació subrogada, ha d'acudir a països on està permès.

TERCERA.- És evident, com es desprèn de l'article 10 de la LTRHA, que l'acord és nul a Espanya i que genera dubtes de si es considera o no que va en contra de l'ordre públic espanyol. Tot i això, no podem deixar de costat l'interès superior del menor, aquell concepte indeterminat que tant es sent però que s'ha de garantir. Un dels moments on més s'ha de garantir l'interès superior del menor és en el moment de la inscripció, fet que va adquirir encara més importància, amb la Resolució de 5 d'octubre de 2010 on va assentar les bases per a que es fes efectiva aquesta inscripció. El punt clau el dóna el requisit indispensable de que aportin la resolució judicial de l'estat d'origen on s'estableix la filiació a favor dels comitents. En un primer moment pot semblar que dóna seguretat als comitents, però realment el que aconsegueix aquest requisit és evitar que el menor es quedi desemparat i tal i com estableixen els tribunals europeus que tingui una identitat única fent prevaldre els seus drets.

QUARTA.- La gestació subrogada és una realitat a la nostra societat i cada vegada està més present. De la mateixa manera que les legislacions s'han anat modificant i adaptant als canvis, sembla que Espanya també és necessari regular la gestació subrogada, fet que ho demostra, tal i com s'ha vist al llarg del treball que, tant l'Associació per la gestació

subrogada a Espanya com des dels partit polítics, han dut a terme una proposta de regulació per tal d'assimilar Espanya amb altres països que si que tenen una regulació de la gestació subrogada.

CINQUENA.- Després de l'estudi realitzat per a dur a terme aquest treball concloc que s'hauria de regular la gestació subrogada de manera coherent i eficaç donant respostes a totes les situacions que es puguin plantejar, però sobretot i en primer lloc garantint l'interès superior del menor.

FDDE



## 10.- Bibliografia

### Doctrina:

Balaguer, Maria Luisa. *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*. Catedra. 2011.

Lamm, Eleanora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions UB. 2013.

Padial Albas, A. *La relacion materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*. Aranzadi. 2018.

Pérez Monge, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducció assistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia. 2001.

Romero Coloma, Aurelia María. *La maternidad subrogada a la luz del derecho español*. Dilex. 2016.

Sanchez Vela, Antonio José. *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. 2015.

Vela Sánchez, A. J. *La gestación de sustitucion o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las amdres de alquiler*. Diario de ley, núm. 7608, Secció Doctrina. 2011.

### Articles:

Barron Arniches, Paloma de. *La posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler*. 2009.

### Jurisprudència:

- Sentencia 65192/11 del TEDH (Mennersson c./França) de 26 de juny de 2014.
- Sentencia 65941/11 del TEDH ( Labassee c/França) de 26 de juny de 2014.
- Sentència del Jutjat de Primera Instància núm.15 de València de 15 de setembre de 2010.
- Sentència de l'Audiència Provincial València de 23 de novembre de 2011.

- Sentència del Tribunal Suprem de 6 de febrer de 2014

#### Legislació:

- Constitució Espanyola, BOE núm. 311, de 29 de desembre de 1978.
- Codi Civil, BOE núm. 206, de 25 de juliol de 1889.
- Llei del Registre Civil, BOE núm. 175, de 22 de juliol de 2011.
- Reglament del Registre Civil, BOE núm. 296, de 11 de desembre del 1958.
- Llei de Tècniques de Reproducció Humana Assistida, BOE núm. 126, de 27 de maig de 2006.
- Llei Orgànica del Poder Judicial, BOE, núm. 157, de 2 de juliol de 1985.
- Convenció de 20 de novembre de 1989 sobre els Drets del Nen.
- Conveni Europeu de Drets Humans de 1950.